

CHAP.XI : LE CHOIX DE LA STRUCTURE JURIDIQUE DE L'E

Les motivations qui dictent le choix de la structure de l'entreprise sont variées. Il s'agit souvent de la volonté d'organiser le patrimoine en prenant en compte la **responsabilité** de l'entrepreneur (1), mais également de l'importance accordée aux **statuts social et fiscal du dirigeant** de l'E (2). Enfin, choisir une structure impose d'envisager si elle est adaptée au **fonctionnement et évolutions possibles** de l'E (3), éventuellement pour servir l'**économie sociale et solidaire** (4).

I. Justifier le choix d'une structure par les considérations patrimoniales

A. La prise en compte des risques

A. L'évolution du régime de la responsabilité de l'entrepreneur individuel

1. Inconvénients et avantages de la conception « classique » de l'entreprise individuelle

Dans la conception « classique » de l'**entreprise individuelle**, l'**entreprise et l'entrepreneur se confondaient**, et le **patrimoine de l'exploitant était tout entier engagé pour garantir les dettes** professionnelles. L'échec éventuel de l'activité professionnelle **pouvait se traduire par la ruine** de l'entrepreneur.

Les **avantages** de l'entreprise individuelle sont **toujours d'actualité : maîtrise de la gestion, liberté dans les choix stratégiques et, surtout, simplicité dans la création, qui ne nécessite ni constitution de capital ni assemblée constitutive**. Cette simplicité peut même s'accompagner d'un **régime de prélèvements obligatoires favorable (impôt et cotisations sociales)**, si l'entrepreneur opte pour le statut de la **microentreprise**, réservé aux « petites » entreprises commerciales, artisanales ou libérales au chiffre d'affaires limité.

2. L'expérience législative de l'EIRL

Le législateur a pris conscience de la **nécessité d'atténuer la règle de la responsabilité illimitée** de l'entrepreneur individuel. Il ne faut pas détourner de la création d'entreprise ceux qui ne sont pas prêts à prendre des risques patrimoniaux illimités.

Certes, il y a eu des lois de protection de l'entrepreneur individuel : **la loi du 4 août 2008** a prévu que l'entrepreneur individuel puisse, **au prix de certaines démarches, préserver ses différents biens fonciers non affectés à l'activité professionnelle** ; **la loi du 6 août 2015** a permis, quant à elle, d'**écarter d'office des poursuites des créanciers professionnels l'immeuble abritant la résidence principale** de l'entrepreneur.

Mais la plus importante innovation juridique récente découlait de la **loi du 15 juin 2010**, qui a créé le statut de l'**entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL)**. En adoptant ce statut, l'entrepreneur pouvait constituer un **patrimoine d'affectation**, en dédiant une partie seulement de son patrimoine à son activité. Il préservait ainsi ses autres biens des poursuites des créanciers professionnels. Toutefois, cela supposait l'accomplissement d'une formalité : la déclaration de la **liste des biens constituant le « patrimoine affecté »**. Peut-être est-ce là la raison du relatif échec de cette loi sur l'EIRL.

3. Le nouveau statut de l'entreprise individuelle

Face à l'échec de l'EIRL, et pour aller plus loin dans l'incitation à la création d'entreprises individuelles, le législateur a abandonné le principe ancien de la confusion des patrimoines de l'entreprise et de l'entrepreneur : la loi décide ainsi que, **sans qu'aucune formalité préalable ne soit imposée à l'entrepreneur, on distingue désormais son patrimoine personnel de son patrimoine professionnel**, seul ce dernier pouvant être saisi par des créanciers professionnels impayés.

4. Le choix de la forme sociétaire

La création d'une société permet de donner naissance à une personne morale disposant de son propre patrimoine. Il n'y a plus de confusion entre l'entreprise et l'entrepreneur, et ce dernier peut limiter sa responsabilité à l'égard des créanciers de l'entreprise.

Les principales sociétés commerciales (la SARL, l'EURL, la SA, la SAS ou la SASU) présentent toutes l'avantage de limiter la responsabilité du dirigeant, comme celle de tout associé, au montant des apports qu'il a effectués pour constituer le capital de la société. Il peut s'agir de la société à responsabilité limitée (SARL) ou, s'il n'y a qu'un associé unique, de l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL), de la société anonyme (SA) ou de la société par actions simplifiée (SAS), plus souple dans son fonctionnement, qui peut même être constituée par un associé unique dans le cadre de la société par actions simplifiée unipersonnelle (SASU).

À l'égard d'un grand nombre de créanciers, les fournisseurs, le fisc, les organismes sociaux, la limitation de responsabilité est un élément déterminant du choix de la structure sociétaire d'entreprise.

Toutefois, la pratique de la vie des affaires atténue singulièrement cet avantage à l'égard des professionnels du crédit : que le dirigeant de la société sollicite un prêt bancaire et, souvent, le banquier exigera de lui une garantie pour se prémunir d'un défaut de paiement de la personne morale. Dans ce cas, en se portant caution (il s'engage à se substituer personnellement à la société pour payer en cas de défaillance de celle-ci) ou en donnant ses biens personnels en garantie, le dirigeant assume personnellement le risque de défaillance de la société.

B. La prise en compte du régime matrimonial

S'il est marié, la situation personnelle et familiale du créateur d'entreprise l'oblige à envisager les moyens juridiques pour ne pas mettre en péril l'ensemble des biens du couple. Selon le régime matrimonial adopté, certains biens pourraient en effet être engloutis dans le passif commercial, pénalisant ainsi le conjoint.

Le régime de la communauté légale est adopté par ceux qui se marient sans passer de contrat devant notaire. Les biens acquis à titre onéreux après le mariage sont communs aux deux époux. Ils répondent tous des dettes professionnelles. *A contrario*, seuls les biens possédés avant le mariage ou reçus à titre gratuit (par succession, par exemple) constituent des biens propres à chacun des époux, échappant aux poursuites des créanciers du conjoint.

Le régime contractuel de la séparation de biens permet de dissocier les biens de chacun des époux : ce qui est acquis ou reçu en donation par chacun lui appartient exclusivement. Le conjoint du créateur d'entreprise ne peut pas subir la saisie de ses biens en cas de difficulté dans l'exploitation.

II. Justifier le choix d'une structure par les statuts fiscal et social de l'entrepreneur

A. Le statut social du dirigeant d'entreprise

Le statut social et la protection contre les différents risques (maladie, accident du travail, retraite...) varient selon les situations.

Au regard de la Sécurité sociale, le dirigeant de société est "assimilé salarié" dans certaines situations : s'il est gérant non majoritaire d'une SARL ou s'il est à la tête d'une société de capitaux. Dans ces cas, il bénéficie d'assurances sociales très complètes, au titre de la maladie, de la maternité, des accidents du travail, de la vieillesse.

Les autres dirigeants, sont considérés comme des "travailleurs indépendants". Ex: l'entrepreneur individuel, de l'associé unique d'EURL, du gérant associé majoritaire de SARL.

Toutefois, depuis le 1^{er} janvier 2018, le rapprochement des régimes de protection de tous les travailleurs, y compris les indépendants, a abouti à une **quasi-unification généralisée de la protection sociale**, avec la prise en charge par la Sécurité sociale de l'ensemble des cotisants.

B. Le statut fiscal du dirigeant d'entreprise

L'entreprise a vocation à générer des **profits** et ceux-ci donnent lieu à des **prélèvements fiscaux**. Aussi, le créateur doit-il s'interroger sur les **possibilités d'optimisation fiscale**.

1. Les différents modes d'imposition des bénéficiaires

Il existe deux régimes d'imposition des profits de l'entreprise :

- soit la personne physique est imposée au titre de l'**impôt sur le revenu (IR)**,
- soit la société est frappée par l'**impôt sur les sociétés (IS)**.

En **entreprise individuelle**, il n'y a pas d'imposition au niveau de l'entreprise : l'entrepreneur est imposé directement au titre de l'IR.

En **EURL**, la personne morale n'est pas imposée elle-même : l'associé unique est imposé directement au titre de l'IR. Toutefois, l'EURL peut opter pour l'IS.

En **SARL**, les bénéficiaires sont soumis à l'IS. Parfois, il y a une option possible : si la SARL est une société « de famille », le dirigeant peut opter pour l'IR.

En **société de capitaux (SA, SAS ou SASU)**, ses bénéficiaires sont soumis à l'IS.

2. L'impôt sur le revenu (IR) et l'impôt sur les sociétés (IS)

Le dispositif de l'**IS** consiste en un **prélèvement proportionnel** en principe à **25 %** ou à un **taux minoré à 15 % sur la fraction des bénéficiaires inférieure à 38 120 € pour les petites sociétés**. La proportionnalité de l'IS, comparée à la progressivité de l'IR, permet de penser que le poids de la fiscalité est relativement moindre si les bénéficiaires sont très importants.

L'IR s'applique aux bénéficiaires réalisés selon un **barème progressif dont la tranche supérieure est actuellement fixée à 45 %**. Il prend en compte le **quotient familial qui détermine l'impôt en fonction de la composition du foyer fiscal imposé** ; cette règle peut avoir une incidence importante sur le taux marginal de l'impôt (si le montant des autres revenus est significatif). D'un autre côté, l'IR est sensiblement allégé par la présence d'enfants ou d'autres personnes à charge au foyer.

Il paraît donc difficile de choisir la forme juridique d'entreprise toujours intéressante au regard de la fiscalité. Cas par cas, **il faut prendre en compte les deux types de paramètres** intéressant le créateur : **sa situation familiale** d'une part, **les profits attendus** d'autre part..

III. Justifier le choix d'une structure au regard du fonctionnement et de l'évolution de l'entreprise

A. Le fonctionnement de l'entreprise

L'entrepreneur individuel exerce un **pouvoir sans partage**. Idem dans les sociétés unipersonnelles (EURL ou SASU), qui constituent des formes de sociétés de plus en plus souvent retenues.

En dehors de ces situations, le **pouvoir est partagé car le fonctionnement des sociétés suppose un certain consensus et l'approbation des choix du dirigeant par les autres associés au travers des assemblées générales d'associés**.

Dans les sociétés de capitaux et la SARL, le créateur d'entreprise doit savoir que son **pouvoir sera à la hauteur de son engagement financier et des risques assumés**. En effet, lors des votes en assemblée générale, tout associé détient une **quantité de droits de vote proportionnelle à ses apports**.

La SAS, de son côté, est marquée par la **souplesse de fonctionnement résultant du rôle privilégié des statuts qui constituent la source première des règles qui s'appliquent à elle**.

B. L'évolution de l'entreprise

1. Le changement de structure de l'entreprise

La vie de l'entreprise et ses orientations stratégiques peuvent amener le dirigeant à changer de structure : en particulier **s'il ne veut plus assumer seul la direction ou les risques, il transformera une entreprise individuelle en société.**

2. Les besoins financiers de l'entreprise

L'entrepreneur doit prendre en compte les exigences de financement des stratégies envisagées. La capacité à faciliter ce financement n'est pas la même pour toutes les structures. **Celles qui peuvent rassembler des capitaux importants (comme certaines SA ou SAS) semblent mieux armées pour deux raisons : d'une part, l'importance du montant de leurs capitaux propres rassure, d'autre part, elles obtiennent facilement des crédits bancaires, voire un financement par l'introduction en Bourse et le placement de titres financiers auprès du public.**

En revanche, pour les petites et moyennes entreprises, et spécialement les entreprises individuelles, l'obtention des crédits bancaires est généralement conditionnée par les engagements personnels de du dirigeant. Leurs possibilités financières limitées constituent souvent un obstacle à frein à la réalisation de leurs objectifs.

IV. Justifier le choix d'une structure pour servir l'économie sociale et solidaire

A. L'économie sociale et solidaire

L'économie sociale et solidaire correspond à l'**activité d'entreprises qui donnent priorité aux principes de solidarité et d'utilité sociale au détriment des objectifs classiques de l'économie capitaliste, comme la réalisation des profits et leur redistribution aux associés.**

Cette conception de l'activité de l'entreprise **se traduit par un mode de gestion démocratique, associant les salariés aux décisions, et par un effort pour une distribution des bénéfices qui se veut équilibrée entre les salariés et les associés.**

B. Les structures adaptées aux objectifs de l'économie sociale et solidaire

1. Les sociétés coopératives : l'exemple des SCOP

Les sociétés coopératives se distinguent par leur mode de fonctionnement : le personnel y est associé tant au capital qu'à la prise de décision.

Les SCOP (sociétés coopératives et participatives) sont une forme particulière de sociétés coopératives, marquant une volonté de se différencier des structures capitalistes et possédant des caractéristiques propres.

Elles existent dans le monde industriel comme dans celui de la distribution. **Il s'agit de SARL, de SA ou de SAS dont les salariés sont les associés, disposant d'au moins 51 % du capital social. Ils participent ainsi aux prises de décision en assemblée générale. Les profits réalisés par les SCOP ont trois destinations : le financement des investissements de l'entreprise, les salariés et les autres associés.** Même si leur nombre est encore assez modeste, certaines SCOP sont le résultat de la transformation d'une société « traditionnelle », parfois reprise par les salariés du fait de ses difficultés ; d'autres adoptent ce statut dès la création de la société.

2. Les mutuelles

L'économie sociale et solidaire se traduit aussi par la prise en compte des intérêts des **clients** de l'entreprise. Pour les mutuelles, ces derniers sont en fait des **membres de l'entité, qui financent leur activité par les cotisations qu'ils versent.**

L'activité des mutuelles est l'assurance de leurs membres face à divers risques. Il faut relever le rôle important que ces structures jouent dans la protection de la santé puisque les mutuelles assurent le rôle de « **complémentaire santé** » en **complétant les remboursements des soins et actes médicaux opérés par la Sécurité sociale.**